

WYROK
z dnia 26 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Magdalena Grabarczyk
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka Jawna S. M., S. E. – Lider konsorcjum z siedzibą Michałowicach 169, 49-314 Pisarzowice, 2. ACTION S.A – Partner konsorcjum z siedzibą w Warszawie przy ul. Jana Kazimierza 46/54** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74, działającego w imieniu i na rzecz:**

1. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A,
2. Polskie Koleje Państwowe S.A,
3. PKP Cargo S.A oraz spółki zależne:
 - CARGOTOR Sp. z o.o. ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa,

-
- PKP CARGO Centrum Logistyczne Małaszewicze ul. Kolejarzy 22b, 21-540 Małaszewicze,
 - PKP CARGOTABOR Sp. z o.o. ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa,
 - PKP CARGO Service Sp. z o.o. ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa,
 - Przedsiębiorstwo Spedycyjne Trade Trans Spółka z o.o. ul. Leszno 12, Warszawa,
 - CARGOSPED Sp. z o.o. ul. Grójeckiej 17, 02-021 Warszawa,
 - PKP CARGO CENTRUM LOGISTYCZNE MEDYKA- ŻURAWICA Sp. z o.o. ul. Kolejowej 55, 37-710 Żurawica,

4. PKP Energetyka S.A,
5. PKP Intercity S.A,
6. PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o.

przy udziale wykonawcy „**KONCEPT**” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. **Wodniaków 19**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawcy **INTARIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Księcia Ziemowita 53**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Fabrycznej 13/1, 2. TA-Poland Sp. z o.o. – (Partner konsorcjum) z siedzibą w Warszawie przy ul. Półczyńskiej 31a, 3. Qumak S.A (Partner konsorcjum) z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 134**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu ujawnienie dokumentów zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Fabrycznej 13/1, 2.**

Półczyńskiej 31a, 3. Qumak S.A (Partner konsorcjum) z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 134.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** i:
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka Jawna S. M., S. E. – Lider konsorcjum z siedzibą Michałowicach 169, 49-314 Pisarzowice, 2. ACTION S.A – Partner konsorcjum z siedzibą w Warszawie przy ul. Jana Kazimierza 46/54** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od **Zamawiającego** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka Jawna S. M., S. E. – Lider konsorcjum z siedzibą Michałowicach 169, 49-314 Pisarzowice, 2. ACTION S.A – Partner konsorcjum z siedzibą w Warszawie przy ul. Jana Kazimierza 46/54** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2447/15

UZASADNIENIE

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74, działający w imieniu i na rzecz:

1. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.,
2. Polskie Koleje Państwowe S.A.,
3. PKP Cargo S.A. oraz spółki zależne:
 - CARGOTOR Sp. z o.o. ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa,
 - PKP CARGO Centrum Logistyczne Małaszewicze ul. Kolejarzy 22b, 21-540 Małaszewicze,
 - PKP CARGOTABOR Sp. z o.o. ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa,
 - PKP CARGO Service Sp. z o.o. ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa,
 - Przedsiębiorstwo Spedycyjne Trade Trans Spółka z o.o. ul. Leszno 12, Warszawa,
 - CARGOSPED Sp. z o.o. ul. Grójeckiej 17, 02-021 Warszawa,
 - PKP CARGO CENTRUM LOGISTYCZNE MEDYKA- ŻURAWICA Sp. z o.o. ul. Kolejowej 55, 37-710 Żurawica,
4. PKP Energetyka S.A.,
5. PKP Intercity S.A.,
6. PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa Sp. z o.o.,

(dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub “Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup sprzętu komputerowego dla grupy zakupowej PKP S.A.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

30 października 2015 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną, wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, zawiadomienie, informujące o kwalifikacji wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, w tym wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka Jawna S. M., S. E. – Lider konsorcjum z siedzibą Michałowicach 169, 49-314 Pisarzowice, 2. ACTION S.A. – Partner konsorcjum z siedzibą w Warszawie przy ul. Jana Kazimierza 46/54 (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum Piomar”). Wraz z powyższą informacją Zamawiający przekazał ranking ofert niepodlegających

odrzuconiu przed aukcją elektroniczną. Z treści zawiadomienia Odwołujący powziął wiadomość m.in. o tym, iż oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Fabrycznej 13/1, 2. TA-Poland Sp. z o.o. – (Partner konsorcjum) z siedzibą w Warszawie przy ul. Polczyńskiej 31a, 3. Qumak S.A. (Partner konsorcjum) z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 134 (dalej: „Przystępujący” lub „konsorcjum GALAXY”) została uznana za niepodlegającą odrzuceniu.

2 listopada 2015 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie:

- pełnej treści oferty Konsorcjum GALAXY,
- protokołu postępowania o udzielenie zamówienia (druk ZP-PN) wraz z załącznikami (w tym w szczególności korespondencji, jaka miała miejsce w prowadzonym postępowaniu od upływu terminu składania ofert do dnia 2 listopada 2015 r.).

W odpowiedzi na wniosek Odwołującego, Zamawiający w dniu 2 listopada 2015 r. przekazał Odwołującemu drogą elektroniczną skan oferty złożonej przez Konsorcjum GALAXY oraz korespondencję, jaką prowadził Zamawiający z poszczególnymi wykonawcami od upływu terminu składania ofert. Odwołujący wskazywał, iż szereg dokumentów i informacji znajdujących się w ofercie Konsorcjum GALAXY w dalszym ciągu objęty jest tajemnicą przedsiębiorstwa (tajemnicą objęta została również korespondencja Zamawiającego prowadzona z Konsorcjum GALAXY w zakresie, jaki wynikał z utajnienia oferty), za wyjątkiem jednego dokumentu w postaci oświadczenia producenta (str. 115-124 oferty Konsorcjum GALAXY), które pisemnym oświadczeniem tego wykonawcy z dnia 07.10.2015 r., co prawda z pewnymi wyjątkami, jednak zostało odtajnione.

2 listopada 2015 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu zaproszenie do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej.

W treści odwołania Konsorcjum Piomar postawił Zamawiającemu następujące zarzuty:

1. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 1993 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) – dalej: „ustawą u.z.n.k.”- przez zaniechanie odtajnienia

(ujawnienia i udostępnienia) dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum GALAXY (w tym pełnej treści korespondencji prowadzonej w postępowaniu pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum GALAXY) jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o ustawy u.z.n.k.;

2. zarzut naruszenia art. 91 b ust. 1 ustawy, przez bezpodstawne zaproszenie Konsorcjum GALAXY do udziału w aukcji elektronicznej;
3. zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum GALAXY z postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia,
4. z ostrożności - zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie wezwania

Konsorcjum GALAXY do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności zaproszenia Konsorcjum GALAXY do udziału w aukcji elektronicznej,
2. odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia niezwłocznie Odwołującemu dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum GALAXY jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym pełnej treści korespondencji prowadzonej w postępowaniu pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum GALAXY,
3. dokonania ponownego badania oferty Konsorcjum GALAXY, w tym: wykluczenia Konsorcjum GALAXY z postępowania wobec nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, z ostrożności - dokonania wezwania Konsorcjum GALAXY do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca Konsorcjum Piomar wyjaśniał, że:

- I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy u.z.n.k.

W ocenie Odwołującego wszystkie dokumenty zastrzeżone przez Konsorcjum GALAXY nie spełniają przesłanek zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podnosił, że z analizy przekazanego Konsorcjum Piomar przez Zamawiającego skanu oferty Konsorcjum GALAXY wynika, że wykonawca ten zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa co najmniej:

- a) wykaz wykonanych dostaw głównych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz dokumenty podmiotów trzecich;
- b) wykaz punktów serwisowych;
- c) informacje z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy;
- d) raporty z testów BABCo dla oferowanego sprzętu;
- e) oświadczenia DELL potwierdzające wynik oraz sposób wykonania testu BABCo;
- f) Certyfikaty ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych dla firmy świadczącej serwis gwarancyjny;
- g) oświadczenia DELL, że firma świadcząca serwis gwarancyjny posiadającego autoryzację;
- h) oświadczenia DELL potwierdzające zgodność oferowanego sprzętu z normą MIL-STD 810G w zakresie przynajmniej 5 (pięciu) metod badania;
- i) raporty wystawione przez niezależną akredytowaną jednostkę badawczą potwierdzającą poziom hałasu oraz sposób przeprowadzenia testu dla oferowanych sprzętów;
- j) oświadczenia DELL potwierdzające poziom hałasu oraz sposób przeprowadzenia testu dla oferowanych sprzętów;
- k) oświadczenia DELL potwierdzające warunki serwisu i gwarancji zaoferowane przez Wykonawcę;
- l) oświadczenia DELL potwierdzające, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych Wykonawcy lub firmy serwisującej, Dell Inc. przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem gwarancyjnym;
- m) inne dokumenty dołączone do oferty Konsorcjum GALAXY.

W odniesieniu do oświadczenia producenta DELL Odwołujący sprecyzował, iż Konsorcjum GALAXY pisemnym oświadczeniem z dnia 07.10.2015 r. odtajniło fragmenty przedmiotowego oświadczenia, zakresie za wyjątkiem: Pkt. 3, Pkt. 6 podpunkt 11), Pkt. 10, Pkt. 13 podpunkt 11), Pkt. 15 podpunkt 9), Pkt. 17 podpunkt 9), Pkt. 19 podpunkt 9), Pkt. 23, Pkt. 25 podpunkt 11), Pkt. 29, Pkt. 31 podpunktu).

Odwołujący wskazywał, że żaden z pozostałych wykonawców nie utajnił

analogicznych do powyższych dokumentów co oznacza, wobec przytoczonej wyżej argumentacji, że Zamawiający poprzez zaniechanie odtajnienia wskazanych powyżej dokumentów złamał zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy. Co więcej w ocenie Odwołującego, Zamawiający poprzez uniemożliwienie weryfikacji kwestionowanej oferty, a tym samym brak poszanowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, może wypaczyć wynik prowadzonego postępowania. W ocenie Odwołującego nie budzi wątpliwości, że treści ww. dokumentów i oświadczeń nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym ich zastrzeżenie w całości przez ww. wykonawców było i jest bezpodstawne. Wskazane powyżej informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem Zamawiający winien je bezwzględnie odtajnić. Zaniechanie ich udostępnienia przez Zamawiającego narusza obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Ad. a)

Odnosnie zastrzeżenia wykazu głównych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie Odwołujący wskazywał i podkreślał, że zastrzegając wykaz dostaw oraz dokument potwierdzający, iż dostawa wyszczególniona w wykazie została wykonana należyście, każdy z wykonawców musiałby wykazać, że wszystkie przesłanki zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa wynikające z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zostały spełnione. W szczególności, zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dostaw wykonanych na rzecz podmiotów publicznych na podstawie umów uzyskanych w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie zasługują na ochronę. Informacje o podmiotach dostarczających sprzęt komputerowy do podmiotów publicznych stanowi informację publiczną czego konsekwencją jest niespełnienie przesłanki nieujawnienia informacji do wiadomości publicznej.

Ad. b)

Za całkowicie absurdalne i nieuzasadnione Odwołujący uznał utajnienie wykazu punktów serwisowych. Jego zdaniem informacje w tym zakresie nie mogą wypełniać definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której informacja o tym, że serwis będzie wykonywany przez inny niż Wykonawca podmiot, ze wskazaniem jego punktów serwisowych, do których dostęp może mieć każdy zainteresowany, zasługuje na jakąkolwiek szczególną ochronę w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Ad. c)

W ocenie Konsorcjum Piomar nie spełnia przesłanek zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Dokumenty te nie zawierają danych, które mogłyby uzasadniać objęcie ich tajemnicą. Potwierdzają jedynie spełnianie warunków, które były jawne. Z ostrożności nawet gdyby uznać, że dokładna wysokość posiadanych środków stanowiła jakąś wartość gospodarczą czemu co do zasady Odwołujący zaprzecza, to objęta zastrzeżeniem powinna być jedynie kwota, a ujawnione wszystkie pozostałe informacje, w tym nazwa banku czy sama treść dokumentu.

Ad. d) f) h) j)

Odnosnie zastrzeżenia wydruków, certyfikatów, raportów z testów itp. Odwołujący wskazywał, że dokumenty te miały za zadanie potwierdzać spełnianie przez oferowaną dostawę wymagań określonych w SIWZ, a zatem wymagań, które są jawne i dostępne dla każdego z Wykonawców. Wszystkie ww. dokumenty są dokumentami jawnymi, dostępnymi dla każdego zainteresowanego, co więcej odnosnie niektórych z nich sam Zamawiający zastrzegł, że mają pochodzić ze strony internetowej, a zatem również w ich przypadku nie jest spełniony warunek nieujawnienia do wiadomości publicznej. Przeciwnie, ww. dokumenty są tworzone właśnie po to, aby udostępniać je jak najszerszemu kręgowi potencjalnych nabywców, ich rolą jest bowiem upowszechnianie wiedzy na temat parametrów danego produktu poprzez potwierdzenie jego określonych pożądanych właściwości. Odwołujący wskazuje, że zastrzeganie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zmierzać, tak jak w przypadku działania Konsorcjum GALAXY, jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców. Wysoce zastanawiające jest, na jakiej podstawie faktycznej i prawnej dokonano w tym zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, skoro informacje o parametrach i oferowanych produktach (a także

dokumentach „technicznych” dotyczących tych produktów) są dostępne w sieci dystrybucyjnej danego producenta czy choćby stronach internetowych poszczególnych producentów. Podtrzymywanie klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie tych dokumentów prowadziłoby do absurdu. Co więcej Konsorcjum GALAXY na stronie 4b wyraźnie wskazało zaoferowany przez siebie sprzęt, podając producenta i model. Jeśli więc ujawniono pozostałym wykonawcom nazwy zaoferowanego sprzętu to nie ma możliwości by utajnieniu podlegały dokumenty takie jak raporty, które dotyczą wskazanych przez Konsorcjum GALAXY sprzętów.

Ad. e) g) i) k) l)

Zdaniem Konsorcjum Piomar z największą jednak surowością należy ocenić zaniechanie odtajnienia oświadczeń producenta sprzętu a więc firmy DELL. Skoro Konsorcjum GALAXY w treści swojej oferty ujawniło jaki sprzęt oferuje, którego parametry techniczne są powszechnie znane, a treść oświadczeń producenta ma być zgodną z treścią SIWZ to nie ma jakiegokolwiek argumentu, który przemawiałby za zastrzeżeniem takich oświadczeń jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższej oceny nie zmienia także okoliczność złożenia przez Konsorcjum GALAXY pisma z dnia 07.10.2015 r. o odtajnieniu fragmentów oświadczenia DELL, bowiem w dalszym ciągu jedenaście (11) punktów oświadczenia DELL pozostaje niejawne. Odwołujący podkreśla, że złożenie wraz z ofertą oświadczenia producenta było wymagane przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia wymagań SIWZ - wymagań jawnych i dostępnych dla każdego zainteresowanego.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego jest oczywiste, że faktycznym powodem zastrzeżenia ww. informacji przez Konsorcjum GALAXY nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji. Poprzez bezprawne zastrzeżenie, Konsorcjum GALAXY, a następnie sam Zamawiający (o ile nie udostępni tych informacji), chcą uniemożliwić Odwołującemu sprawdzenie, czy faktycznie oferta złożona w niniejszym postępowaniu odpowiada treści SIWZ oraz czy wykonawca ten wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

II. Zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy

Zamawiający w Rozdziale VIII ust. 1 SIWZ wskazał, iż „W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca winien przedłożyć wraz z ofertą:

(...)

2) Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane (zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SIWZ) oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, zgodnie z poniższymi wymaganiami:

- co najmniej 3 (trzy) umowy/zamówienia odpowiadające swoim zakresem przedmiotowi zamówienia, przy czym za taką umowę/zamówienie Zamawiający uzna dostawę polegającą na dostarczeniu sprzętu komputerowego (komputery stacjonarne lub/i komputery stacjonarne typu All-In-One lub/i komputery przenośne), z których każda:

a) zrealizowana została za minimum 10 000 000,00 zł netto,

b) obejmowała dostawę lub dostawy zrealizowaną/zrealizowane do minimum 15 odrębnych lokalizacji W tym miejscu Odwołujący podkreśla, iż zgodnie z tak opisanym warunkiem udziału w postępowaniu każda z dostaw, polegająca na dostarczeniu sprzętu komputerowego (komputery stacjonarne lub/i komputery stacjonarne typu All-In-One lub/i komputery przenośne), musiała opiewać na wartość minimum 10 000 000,00 zł netto.

Zgodnie z najlepszą wiedzą posiadaną przez Odwołującego, Konsorcjum GALAXY nie wykazało spełniania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu. W szczególności, jeżeli na potrzeby wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu Konsorcjum GALAXY posługuje się referencją wystawioną przez PKO Bank Polski wskazującą na wykonywanie przez QUMAK S.A. z siedzibą w Warszawie, w ramach projektu dostaw Sprzętu Komputerowego PC-OK, dostaw komputerów stacjonarnych i przenośnych, to wg

uzyskanych przez Odwołującego informacji żadna z dostaw zrealizowanych przez QUMAK S.A. na rzecz PKO Bank Polski w ramach wskazanego projektu nie opiewała na wartość co najmniej 10 000 000,00 zł netto. W ocenie Odwołującego, jeżeli Konsorcjum GALAXY w wykazie zrealizowanych dostaw (Załącznik Nr 8 do SIWZ) wskazało, iż dostawa wykonana przez QUMAK S.A. na rzecz PKO Bank Polski przekraczała kwotę odpowiadającą warunkowi udziału w postępowaniu, to podana wartość dotyczy zsumowanych dwóch lub większej ilości dostaw. W ocenie Odwołującego każda z dostaw - jak tego wprost wymagał Zamawiający w treści SIWZ - wykonywanych przez QUMAK S.A. w ramach projektu dostaw Sprzętu Komputerowego PC-OK nie spełnia warunku udziału dotyczącego minimalnej wartości 10 000 000,00 zł netto.

Odwołujący wskazywał również, iż sam Zamawiający powziął wątpliwości co do spełniania przez Konsorcjum GALAXY ww. warunku, bowiem pismem Nr ICZ26a-231 -30-18/2015 z dnia 24.09.2015 r. skierował wniosek, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonego na str. 112 oferty Konsorcjum GALAXY wykazu dostaw. Nie mniej jednak, meritum wezwania Zamawiającego, jak i same wyjaśnienia Konsorcjum GALAXY (o ile zostały udzielone), zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zostały udostępnione Odwołującemu.

W związku z powyższym, wobec nie spełniania przez Konsorcjum GALAXY warunku udziału w postępowaniu, wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy (wobec objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa

spornej części oferty oraz korespondencji z tym związanej, a co za tym idzie - nie udostępnienia jej Odwołującemu, Odwołujący nie posiada wiedzy czy Konsorcjum GALAXY było wzywane do uzupełnienia dokumentów w zakresie ww. warunku posiadania wiedzy i doświadczenia).

III. Zarzut naruszenia art. 91b ust. 1 ustawy

Odwołujący podnosił, że zarzut ten jest konsekwencją podniesionych uprzednio zarzutów. Naruszenie przez Zamawiającego powołanych na wstępie odwołania przepisów ustawy, w szczególności zasad równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, skutkowało bezpodstawnym zaproszeniem Konsorcjum GALAXY do udziału w aukcji elektronicznej. Skoro bowiem do udziału w aukcji elektronicznej mogą być zaproszeni wyłącznie wykonawcy, których oferty nie podlegają odrzuceniu, to przed zaproszeniem do aukcji Odwołujący winien mieć możliwość zapoznania się z pełną treścią oferty Konsorcjum GALAXY (oraz późniejszą korespondencją prowadzoną z tym wykonawcą), celem zweryfikowania, czy rzeczywiście oferta Konsorcjum GALAXY jest ofertą niepodlegającą odrzuceniu. Naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności postępowania, poprzez odmowę udostępnienia Odwołującemu pełnej treści oferty Konsorcjum GALAXY oraz pełnej treści korespondencji prowadzonej z tym wykonawcą może w sposób istotny wpłynąć na wynik prowadzonego postępowania, bowiem w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej jako najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana właśnie oferta Konsorcjum GALAXY, która w istocie może być ofertą podlegającą odrzuceniu.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej).

W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że zakończył czynności badania i oceny ofert, która zaowocowała przekazaniem wykonawcom informacji o wyniku postępowania. Następnie, w związku z tym iż do Zamawiającego wpłynęły odwołania, to unieważnił on czynność zaproszenia do aukcji elektronicznej, o czym poinformował wykonawców za

pomocą informacji o unieważnieniu czynności zaproszenia z dnia 20 listopada 2015 r. Na pytanie przewodniczącej, w zakresie zawarcia w ww. piśmie, informacji o unieważnieniu czynności powiadomienia o rankingu z oceny ofert z dnia 6 listopada 2015 r., Zamawiający

wyjaśnił, że unieważnił również czynność przyznania punktów poszczególnym wykonawcom, co wiąże się z unieważnieniem czynności badania i oceny ofert.

W toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania Zamawiający oświadczył, że proces badania tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach złożonych przez wykonawców został ostatecznie zakończony wraz z przekazaniem wykonawcom informacji o zaproszeniu do aukcji elektronicznej.

W związku z tym stwierdzić należy, że Zamawiający unieważnił czynność oceny ofert oraz czynność zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej. W ramach unieważnionych czynności nie znalazła się czynność badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach złożonych przez wykonawców.

Izba ustaliła, że Przystępujący w złożonej ofercie część dokumentów objął klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” (str. 113-204 oferty). Wraz z ofertą wykonawca Konsorcjum GALAXY złożył wyjaśnienia, dotyczące zasadności zastrzeżenia części oferty, z uwagi na zawarte w niej informacje, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (str. 107-111 oferty). Powyższe wyjaśnienia zostały również przez Konsorcjum GALAXY zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 26 października 2015 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, dotyczących treści poszczególnych dokumentów, tj. certyfikaty ISO, opinia bankowa - w zakresie uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych dokumentów. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący, pismem z dnia 29 października 2015 r., złożył stosowne wyjaśnienia, które również zostały zastrzeżone przez Konsorcjum GALAXY jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W toku rozprawy Odwołujący wycofał następujące zarzuty:

- zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy u.z.n.k., poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) opinii banku zastrzeżonej przez Konsorcjum GALAXY jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- zarzut naruszenia art. 91 b ust. 1 ustawy, przez bezpodstawne zaproszenie Konsorcjum GALAXY do udziału w aukcji elektronicznej;

-
- zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum GALAXY z postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia;
 - zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie wezwania Konsorcjum GALAXY do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż treść art. 8 ust. 1 Pzp formułuje zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia.

Wyjątek od powyższej zasady wprowadza art. 8 ust. 3 Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 3, co oznacza, że wykonawca nie może zastrzec nazwy (firmy), adresu oraz informacji dotyczących ceny,

terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie.

W świetle art. 11 ust. 4 ustawy u.z.n.k., przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wobec tego aby określoną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Izba wskazuje, że zgodnie z wyrażoną w art. 8 ust. 1 Pzp zasadą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wobec tego, wyjątki od tej zasady winny być ściśle uzasadnione, a wykonawcy z daleko posuniętą ostrożnością powinni decydować o zastrzeżeniu poszczególnych informacji w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte wszystkie informacje, jakie zostaną za takie uznane przez podmiot, który nimi dysponuje. Podmiot ten musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia już na etapie składania ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że treść przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, w przypadku zamiaru zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji zawartych w ofercie, z uwagi na zawartą w nich tajemnicę przedsiębiorstwa, nakłada na wykonawcę, już na etapie składania oferty, obowiązek zadeklarowania jakie dokumenty i w jakim zakresie są objęte ww. tajemnicą. Podkreślić należy, że jednocześnie ze złożeniem oświadczenia wykonawca powinien wykazać, że zastrzeżone informacje, spełniają łącznie wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Zatem niezbędne jest nie tylko sprecyzowanie rodzaju informacji, ale przede wszystkim wykazanie przez wykonawcę, iż posiada ona konkretną wartość gospodarczą oraz, że wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie w poufności takiej informacji.

Rolą Zamawiającego w takim przypadku jest przeprowadzenie każdorazowo indywidualnego badania, odnoszącego się do każdego z dokumentów zastrzeżonych. Celem weryfikacji powinno być rozstrzygnięcie kwestii, czy spełnione zostały wszystkie przesłanki konieczne do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przed wszystkim wskazać należy, że ocenie Izby w ramach postępowania odwoławczego, podlegała prawidłowość czynności Zamawiającego, który uznał, że Przystępujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykazał, czego wymaga art. 8 ust. 3 Pzp, że zastrzeżone informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym zasługują na ochronę.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że w rozpoznawanej sprawie osią sporu jest rozstrzygnięcie kwestii związanej tym, czy Przystępujący w toku prowadzonego postępowania wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje w złożonej ofercie, a także przedstawione w piśmie na żądanie Zamawiającego, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy u.z.n.k.? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

Na wstępie wskazać należy, że ocenie Izby w ramach postępowania odwoławczego, podlegała prawidłowość czynności zamawiającego, polegającej na ocenie tego, czy Przystępujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykazał Zamawiającemu, czego wymaga art. 8 ust. 3 Pzp, że zastrzeżone informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym zasługują na ochronę.

W ocenie Izby Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że informacje zawarte w dokumentach zastrzeżonych spełniają wszystkie przesłanki konieczne do skutecznego zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze złożone

wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy i brak w nim konkretnych, precyzyjnych informacji, które uprawniałby Konsorcjum GALAXY do zachowania w poufności dokumentów objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Po drugie wykonawca nie podał jaką wymierną wartość mają dla niego ww. informacje. Ponadto do złożonych wyjaśnień wykonawca nie załączył jakiegokolwiek dowodów, które potwierdzałby okoliczności na które powoływał się Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach.

Natomiast wykazywanie przez Przystępującego w toku prowadzonej rozprawy przed Izba, że zastrzeżone informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa należy uznać za spóźnione. Izba zwraca uwagę, że treść art. 8 ust. 3 Pzp wprost wskazuje, że wykonawca powinien wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie później niż w terminie składania ofert. Wobec tego w zakresie trafności rozpoznawanego zarzutu stanowisko Przystępującego, prezentowane w toku rozprawy, nie może być brane pod uwagę.

Przypuszczać należy, że Zamawiający również nie był przekonany, co do prawidłowości zastrzeżenia przez Przystępującego, określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, skoro w toku badania, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, wezwał Konsorcjum GALAXY do złożenia wyjaśnień, odnoszących się do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa. W

treści ww. pisma Zamawiający zawarł przyczyny, które spowodowały wątpliwości w omawianym zakresie.

W tym miejscu przytoczyć należy treść przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, który stanowi, że w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W kwestii dopuszczalności stosowania przepisu art. 87 ust. 1 Pzp w celu wyjaśnienia uzasadnienia objęcia określonych informacji klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonego przez wykonawcę nie później niż w terminie składania ofert, Izba prezentuje pogląd, w ramach którego dozwolone jest skorzystanie przez Zamawiającego z procedury opisanej w powyższym przepisie. Jednak zaznaczyć trzeba, że wezwanie do złożenia wyjaśnień może dotyczyć jedynie interpretacji treści wyjaśnień pierwotnie złożonych przez wykonawcę czy też poszczególnych jego składników. W ramach takiego wezwania natomiast niedopuszczalne jest odwoływanie się do innych elementów, niż te, wymienione w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę.

W rozpoznawanym przypadku Zamawiający skorzystał z możliwości opisanej powyżej i wezwał Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, odnoszących się do informacji zawartych w wybranych dokumentach. Analizując dodatkowe wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum GALAXY Izba stwierdziła, że ich treść, podobnie jak tych złożonych wraz z ofertą, nie pozwala uznać, że informacje zastrzeżone w ofercie, jak również w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępującego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Reasumując, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że wykonawca Konsorcjum GALAXY nie wypełnił przesłanki wynikającej z art. 8 ust. 3 Pzp i nie wykazał w odpowiednim terminie, że zastrzeżone w jego ofercie określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym za niewłaściwą należy uznać czynność Zamawiającego, który nie ujawnił tych informacji. Wobec tego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu ujawnienie dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę Konsorcjum GALAXY. Podkreślić jednak należy, że granice rozpoznania Izby są ściśle określone zarzutami odwołania, o czym przesądza treść art. 192 ust. 7 Pzp, który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym nakaz dokonania określonej czynności, tj. ujawnienia informacji zastrzeżonych przez

Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, należy odnosić do następujących dokumentów:

a) wyjaśnienia Przystępującego, dotyczące zastrzeżenia określonych informacji z uwagi na

- znajdującą się w nich tajemnicę przedsiębiorstwa;
- b) wykaz wykonanych dostaw głównych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz dokumenty podmiotów trzecich;
 - c) wykaz punktów serwisowych;
 - d) raporty z testów BABCo dla oferowanego sprzętu;
 - e) oświadczenia DELL potwierdzające wynik oraz sposób wykonania testu BABCo;
 - f) Certyfikaty ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych dla firmy świadczącej serwis gwarancyjny;
 - g) oświadczenia DELL, że firma świadcząca serwis gwarancyjny posiadającego autoryzację;
 - h) oświadczenia DELL potwierdzające zgodność oferowanego sprzętu z normą MIL-STD 810G w zakresie przynajmniej 5 (pięciu) metod badania;
 - i) raporty wystawione przez niezależną akredytowaną jednostkę badawczą potwierdzającą poziom hałasu oraz sposób przeprowadzenia testu dla oferowanych sprzętów;
 - j) oświadczenia DELL potwierdzające poziom hałasu oraz sposób przeprowadzenia testu dla oferowanych sprzętów;
 - k) oświadczenia DELL potwierdzające warunki serwisu i gwarancji zaoferowane przez Wykonawcę;
 - l) oświadczenia DELL potwierdzające, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych Wykonawcy lub firmy serwisującej, Dell Inc. przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem gwarancyjnym.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit B) oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....
.....
.....